

Sentencia C-183/10

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

SENTENCIA CONDICIONADA O INTERPRETATIVA-Aplicación/CONCURSO DE MERITOS Y ELABORACION DE TERNAS PARA ELECCION DE GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-Exigencias

Habida cuenta de que la configuración semántica de la expresión demandada puede ser interpretada de una manera distinta a la adoptada en sus decretos reglamentarios y acorde a la Constitución, la Corte declara la exequibilidad de la expresión bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2001 deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.

Referencia: expediente D- 7866

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Mauricio González Cuervo -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los

siguientes,

## 1. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Fabio Cortés Cruz demandó la constitucionalidad del artículo 28 (parcial) de la Ley 1122 de 2007.

### 1. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las expresiones acusadas del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, se subraya lo demandado:

“ARTÍCULO 28. DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente.

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los Gerentes de las ESE de los niveles Departamental, Distrital y Municipal cuyo período de tres años termina el 31 de diciembre de 2006 o durante el año 2007 continuarán ejerciendo el cargo hasta el 31 de marzo de 2008.

Los gerentes de las ESE nacionales que sean elegidos por concurso de méritos o reelegidos hasta el 31 de diciembre de 2007, culminarán su período el 6 de noviembre de 2010. Cuando se produzcan cambios de gerente durante este período, su nombramiento no podrá superar el 6 de noviembre de 2010 y estarán sujetos al cumplimiento de los reglamentos que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Para el caso de los gerentes de las ESE Departamentales, Distritales o Municipales que a la vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos, quienes los reemplacen para la culminación del período de cuatro años determinado en esta ley, serán nombrados por concurso de méritos por un período que culminará el 31 de marzo de 2012. Todos los gerentes de las ESE departamentales, distritales o municipales iniciarán períodos iguales el 1o de abril de 2012 y todos los gerentes de las ESE nacionales iniciarán períodos iguales el 7 de noviembre de 2010.”

## 1. DEMANDA

El ciudadano Fabio Cortés Cruz solicita la declaración de inexecutable de la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. A su juicio, la expresión demandada vulnera el artículo 125 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

1. El demandante explica que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 prevé la realización de un concurso público para la provisión de los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado. Agrega que aunque estos cargos son de libre nombramiento y remoción, al disponer la realización de un concurso público, el legislador se obligó a respetar los principios señalados en el artículo 125 de la Constitución.

1. El artículo 125 superior, en criterio del actor, dispone que en los concursos públicos el factor que debe guiar la selección es el mérito. Esto significa que en este tipo de procesos,

tiene derecho a acceder al cargo quien demuestre los mayores méritos, es decir, quien obtenga el puntaje más alto.

1. Por último, asegura que la expresión demandada introduce un elemento extraño a los principios que rigen los concursos públicos: La conformación de una terna y la elección por el nominador de uno de sus integrantes para ocupar el cargo. En sentir del actor, la conformación de una terna es ajena al principio de prevalencia del mérito y, en consecuencia, es contraria a la Constitución.

#### 1. INTERVENCIÓN DE LA UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

La Universidad Sergio Arboleda, por intermedio del profesor Luis Javier Moreno Ortiz, intervino en debido momento dentro del proceso de constitucionalidad y solicitó la declaración de inexecutable del aparte demandado. En su criterio, la disposición demandada desconoce el artículo 125 superior, pues pese a enunciar que los directores de las empresas sociales del estado serán elegidos mediante concurso de méritos, no respeta las reglas del concurso y permite que un aspirante que no ha ganado el concurso, sea designado en el cargo.

Agrega que en la sentencia T-329 de 2009, la Corte resolvió inaplicar la disposición demandada por considerarla contraria al derecho a la igualdad y al debido proceso administrativo de quienes obtienen los puntajes más altos en los concursos organizados por las empresas sociales del estado y no son nombrados gerentes. El interviniente considera que la ratio decidendi de la sentencia, en virtud del carácter vinculante del precedente constitucional, es obligatorio y condiciona el sentido de la decisión que en esta oportunidad debe adoptar la Corte.

#### 1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, intervino dentro de

la oportunidad procesal prevista. Para el Ministerio Público la expresión demandada debe ser declarada inexecutable por las siguientes razones:

El Procurador recordó que el Constituyente de 1991 otorgó al legislador la facultad de establecer los requisitos de acceso a los cargos públicos, salvo en los casos en los que la misma Constitución los prevé. El texto constitucional -continuó- también otorgó amplias facultades al legislador para fijar la estructura del sistema de salud. Esta facultad comprende el diseño de las instituciones por medio de las cuales se prestará el servicio, así como la determinación de los requisitos y condiciones para el ejercicio de los cargos de dirección de las entidades que conforman el sistema, como las empresas sociales del estado. Los cargos de gerentes de las empresas sociales del estado no son cargos de carrera administrativa, conforme al artículo 125 superior y, por tanto, no es mandato constitucional su provisión mediante un concurso público. Sin embargo, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración en materia del sistema de salud, decidió someterlos a un esquema de concurso.

Cuando el legislador decide someter a concurso un cargo que no es de carrera -indicó el Ministerio Público, debe sujetarse a los principios que rigen el concurso y disponer el nombramiento de quien demuestra tener mayores méritos. El sistema previsto por la Ley 1122 de 2007 no ordena el nombramiento de quien demuestra tener mayores méritos, es decir, de quien obtiene el mejor puntaje en el concurso. En consecuencia, la fórmula contenida en esta ley vulnera el artículo 125 de la Constitución, así como los artículos 13 y 29 de la Carta, ya que impide la realización de un proceso de selección objetivo y transparente. Por estas razones, a juicio del Procurador, la expresión demandada debe ser declarada inexecutable.

## 1. CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

Conforme al artículo 241 ordinal 5º de la Constitución, la Corte es competente para conocer

de la constitucionalidad de la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de una expresión normativa contenida en una ley.

## 1. EN EL PRESENTE CASO SE HA CONFIGURADO EL FENÓMENO DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

La cosa juzgada constitucional es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. La cosa juzgada impide que el juez constitucional vuelva a decidir sobre lo resuelto, y prohíbe al legislador reproducir el contenido material de una norma declarada inexecutable mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron de fundamento para tal declaración (artículo 243 superior).

La jurisprudencia de la Corte ha establecido una serie de categorías conceptuales que delimitan el alcance de la cosa juzgada constitucional con el fin de garantizar tanto su objetivo de seguridad jurídica, como las garantías propias del proceso de constitucionalidad y el derecho de los demandantes a obtener decisiones de fondo sobre sus pretensiones de inconstitucionalidad. Por ejemplo, la Corte ha diferenciado la cosa juzgada formal y la material.

La primera tiene lugar cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandado por los mismos cargos. En estas hipótesis la Corte no puede pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad de la norma.<sup>1</sup>

La cosa juzgada material, de otro lado, se presenta cuando la disposición demandada reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte<sup>2</sup>. Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el

mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad.<sup>3</sup>

En la sentencia C181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-7845, la Sala Plena de la Corte Constitucional se ocupó de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007. La Sala declaró la exequibilidad condicionada de la expresión, bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero. Los principales argumentos de la Corporación fueron los siguientes:

“La Sala considera que el sistema de provisión antes descrito desconoce el principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública y los derechos fundamentales de quienes participan en el concurso, por las razones que a continuación se explican:

Como fue precisado por esta Corporación en la sentencia T-329 de 20094, independientemente de que se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción, el legislador decidió someter la designación de los gerentes de las empresas sociales del estado a un concurso de méritos y, por tanto, los parámetros del concurso deben respetar el mérito y los derechos fundamentales de los aspirantes.

En efecto, cuando el legislador o la administración -como en este caso-, en ejercicio de su libertad de configuración, deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. En otras palabras, si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la

ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.

En este caso, la conformación de la lista de aspirantes depende directa y objetivamente del puntaje obtenido por los concursantes, por lo cual sólo el mérito del participante determina su inclusión en la misma. No obstante, cuando la junta directiva de la respectiva empresa integra la posterior terna y el nominador elige al nuevo gerente, no están sujetos a ningún criterio de excelencia y pueden, sin respetar el principio del mérito, prescindir del individuo que obtuvo el mejor puntaje, pues la terna puede estar conformada por cualquiera de los candidatos que superaron el concurso, no necesariamente los tres mejores. Este sistema desconoce manifiestamente las reglas generales que rigen los concursos de méritos, y que son una manifestación del principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública.

Además de que para la conformación de la terna no existe un criterio de excelencia establecido, la figura misma de la terna como opera en la actualidad desconoce el derecho fundamental del concursante mejor calificado a ser nombrado en el respectivo cargo. Como se indicó en apartes previos, esta Corporación de manera reiterada ha señalado, con fundamento en los artículos 13, 29 y 125 superiores, que a quien demuestra mayores méritos y obtiene la mejor calificación en un concurso le asiste un derecho fundamental a acceder al cargo por el cual concursó.

En el mismo sentido, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, la Sala estima que la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer lugar en el concurso de méritos conlleva la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, pues al tiempo que supone un trato discriminatorio que no se funda en razones objetivas de calificación, significa la aplicación de las reglas del concurso sobre bases desconocidas para el concursante, quien prevalido de la confianza legítima de ser nombrado bajo la condición de obtener el primer puntaje, puede ser despojado del derecho por motivos ajenos a las reglas de la contienda.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Corporación, la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos,

tendrá que nombrar el respectivo Gerente”, contenida en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, desconoce el principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de quienes obtienen el primer lugar en los respectivos concurso, así como el principio de la buena fe.

Sin embargo, habida cuenta de que la configuración semántica de la expresión demandada puede ser interpretada de una manera distinta a la adoptada en sus decretos reglamentarios y acorde a la Constitución, la Corte proferirá una sentencia interpretativa y declarará la exequibilidad de la expresión bajo el entendido de que (i) la terna a la que se refiere el inciso primero del artículo 28 de la Ley 1122 de 2001 deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, (ii) el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y (iii) el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.”

La expresión del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 declarada exequible de manera condicionada en la sentencia C- 181 de 2010, es la misma expresión acusada en esta ocasión por el demandante. En consecuencia, concluye la Sala que ha operado el fenómeno de cosa juzgada constitucional y, por tanto, ordenará estarse a lo resuelto en la sentencia C- 181 de 2010.

## 1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-181 de 2010, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible en forma condicionada la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el

entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

Impedimento aceptado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver sentencia C-030 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

2 Ver sentencias C-030 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; y C-211 del 21 de marzo de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

3 Ver entre otras las sentencias C-427 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la Corte señaló que el fenómeno de la cosa juzgada material se da cuando se trata, no de una norma cuyo texto normativo es exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino cuando los contenidos normativos son iguales.

4 Ver sentencia yT-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta sentencia la Corte tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de dos demandantes, quienes pese a obtener los puntajes más altos en el concurso celebrado para proveer los cargos de gerentes de dos empresas sociales del estado, no fueron nombrados en los respectivos cargos. La Corte consideró que la expresión “la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual” del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 es manifiestamente inconstitucional y decidió inaplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad.